

Riflessioni sul rischio contrattuale in diritto romano

VALERIA CARRO

Nel diritto italiano il concetto di rischio contrattuale è teorizzato con chiarezza¹. Il nostro ordinamento individua, infatti, nel rischio non solo il pericolo di un pregiudizio che il soggetto sopporta come titolare di una posizione giuridica, ma anche come il pericolo di un pregiudizio derivante da fatti non imputabili al soggetto come illeciti i quali provocano l'incolpevole perimento dell'oggetto della prestazione o l'inesecuzione del contratto.

È riconosciuto, pertanto, che il momento del trasferimento del diritto nei contratti di alienazione, acquista estrema rilevanza in quanto, comportando per l'acquirente (ormai tenuto a pagare il prezzo) la sopportazione degli eventi negativi che colpiscono i beni, determina il passaggio del rischio della distruzione o della perdita del bene.

La rilevanza di tale passaggio è tale da aver consentito una base comune di disciplina della vendita mobiliare internazionale che prescinde dalla questione del trasferimento del diritto sulla quale si scontrano i sistemi del principio consensualistico e della consegna².

Il realizzarsi del trasferimento, tuttavia, non esclude una valutazione in termini di inadempimento imputabile se l'acquirente non abbia

¹ C. M. BIANCA, *Diritto civile III. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 536 ss.

² La *Legge uniforme* approvata dalla Convenzione di Vienna (I n.20), menziona l'obbligo del venditore di trasferire i beni in proprietà al compratore (art. 30) e si occupa del passaggio del rischio il quale è legato alla consegna dei beni al vettore (art. 67) o al compratore (art. 69). Il rischio passa anche quando i beni sono messi a disposizione del compratore e questi violando il contratto, non provvede a ritirarli come si evince dall'art. 69. Se si tratta di beni non specificati essi non si reputano posti a disposizione dell'acquirente fino a quando non siano chiaramente individuati (art. 69³). Cfr. C. ANGELICI, *La disciplina del passaggio dei rischi*, in Aa.V.v., *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, in *Quaderni di Giur. Comm.*, 1981, p. 213; C. M. BIANCA (a cura di), *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Cedam, Padova, 1992, p. 275; P. SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law, The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, Wien, 1986, p. 86; C.M. BIANCA, M. J. BONELL, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 483.

esattamente conseguito quanto spettantegli o abbia successivamente perduto quanto conseguito a causa del comportamento doloso o colposo dell'alienante.

Il tema del rischio del perimento del bene, tuttavia, non va confuso con quello della responsabilità³.

Nell'esperienza giuridica romana, invece, l'attenzione riservata all'analisi casistica e la poca inclinazione per le definizioni teoriche, non resero agevole l'individuazione dei concetti di *periculum*⁴ e di responsabilità per inadempimento.

Il termine *periculum* ricorre nelle fonti in senso tecnico se indica i casi in cui, data l'impossibilità di una delle prestazioni per cause non imputabili al debitore, si pone il problema di quale sia la sorte dell'obbligazione (possibile o già eseguita) della controparte. Il termine, però, è spesso adoperato anche in senso atecnico indicando la persona su cui ricadrà la perdita economica derivante da un evento indipendentemente da come questa incidenza negativa si sia venuta a determinare sotto il profilo giuridico⁵.

Le soluzioni della giurisprudenza in tema di rischio dipendevano principalmente dal tipo di negozio preso in considerazione e dagli interessi che le singole situazioni considerate presentavano e assumevano specifico rilievo nei contratti di compravendita e locazione.

In particolare la peculiare configurazione giuridica dell'*emptio-venditio* ha risvolti interessanti in materia di rischio contrattuale. La compravendita, infatti, non realizzava il trasferimento della proprietà, ma ne faceva scaturire l'obbligo sulla base di un consenso comunque manifestato. Ciò in risposta alle esigenze di semplificazione degli schemi negoziali rese necessarie dal passaggio dalla realtà agro-

³ V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1958; F. M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, Bari, Cacucci, 1983.

⁴ E. BETTI, *Periculum. Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi P. De Francisci I*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 135 ss.; M. TALAMANCA, *Considerazioni sul periculum rei venditae*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano. Revista Internacional de Derecho Romano y Tradición Romanística* 7, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 221 ss.

⁵ A. MANZO, *Il rischio contrattuale in diritto romano: in particolare il periculum nelle obligationes onsensu contractae*, in <http://www.rivista.ssef.it>, 2005.

pastorale all'apertura ai traffici commerciali nel Mediterraneo⁶.

Il testo più antico sul tema è tratto dai *Digesta* di Alfeno Varo contenuto in D. 18.6.13 (Paul. 3 *Alf. epit.*) e relativo al caso di un edile che ordina di distruggere alcuni letti lasciati sulla pubblica via dopo la vendita perché di intralcio al traffico cittadino. Il rischio sarebbe gravato sul compratore se i letti gli fossero stati consegnati o se la mancata consegna fosse dipesa da quest'ultimo. Ma se la merce è stata venduta e non trasferita e non v'è *mora accipiendi*, il rischio deve gravare sul venditore: D. 18.6.15pr. (Paul. 3 *epit. Alfenidig.*).

Analogamente se la merce venduta viene rubata dopo la *traditio* il *periculum* cade sull'acquirente, altrimenti resta a carico del venditore⁷.

La prospettiva cambiò in epoca augustea. In D. 19.1.13.22 (Ulp. 32 *ad ed.*) Labeone a proposito della *mors servi ante traditionem*, afferma che con l'*actio empti* il venditore poteva ottenere i *sumptus* del funerale dello schiavo sempre che la morte di questi non fosse dipesa da sua *culpa*, riconoscendo così l'applicabilità del principio del *periculum emptoris*.

Qui il cambio di prospettiva fu dovuto probabilmente all'oggetto della compravendita, cioè lo schiavo, in quanto in questo caso subentrava il principio di autoresponsabilità del compratore che fin dall'acquisto aveva l'onere di valutare le condizioni fisiche del *servus*⁸.

Labeone, pertanto, ponendosi in antitesi con la giurisprudenza antecedente sarebbe stato favorevole al *periculum emptoris* e sarebbe stato seguito dai Proculiani con il correttivo della assunzione della custodia *venditoris* come elemento naturale del contratto.

Di contro i Sabiniani appaiono più favorevoli al *periculum ven-*

⁶ E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Jovene, Napoli, 1937, p. 150 ss.

⁷ D. 18.6.15.1 (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*). Parte della dottrina teorizza qui, tuttavia, una eccezione alla regola generale costituita dal *periculum emptoris*. Cfr. R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C. - II sec d. C.)*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 295 ss. Ma, qui, escluso che trattasi di vendita di genere o di un contratto di fornitura perché nel caso non si poneva il problema del rischio, non si può avanzare nemmeno l'ipotesi di responsabilità per custodia del venditore in quanto entrambi i *responsa* non si riferiscono al *culpam praestare*, ma all'individuazione di chi sia *dominus* della merce al momento del verificarsi del rischio.

⁸ D. 19.1.31 pr. (Nerat. 3 *membr.*).

ditoris fino all'accettazione dell'opposto principio in tema di *mors servi* da parte di Giuliano⁹.

Inoltre va detto che spesso pur non essendoci la *traditio ex causa emptoris*, lo schiavo fosse già in disponibilità del compratore e, quindi, sottoposto al suo controllo a titolo di *locatiooperarum*: la *possessio* in questo caso restava al venditore¹⁰.

In questo caso Cassio Longino (I sec. d. C.), seguito da Giavoleno, affermava che il *periculum* dovesse gravare sul compratore sempre se in assenza di dolo del venditore¹¹.

L'ipotesi secondo cui a partire da Labeone si sarebbe registrato un cambio di prospettiva in materia di *periculum rei venditae* trova conferma in Ulpiano dove si discute della vendita e del deterioramento del vino¹²: Ulpiano riporta Trebazio Testa e Labeone in merito al momento della traslazione del rischio e mentre per il primo la *signatio* equivaleva alla *traditio*, per il secondo essa era fatta solo *ne summutetur dolium*.

Come nel caso di *mors servi* anche qui Labeone si discosta dalla giurisprudenza precedente sia per quanto riguarda l'equivalenza della *signatio* alla *traditio*, sia per quanto riguarda il momento del trapasso del rischio¹³.

Qui se il vino si deteriora prima di essere portato via dal compratore, il venditore sarà tenuto nei confronti del compratore, se però avrà dichiarato la buona qualità del vino. Se, invece, non ha dichiarato nulla, il rischio e pericolo graverà sul compratore perché quest'ultimo deve imputare a sé l'accaduto, sia che non abbia proceduto all'assaggio, sia che l'abbia fatto male. Certo, se il venditore non abbia avvertito il compratore, pur rendendosi conto che la buona qualità del vino non si sarebbe mantenuta fino al termine in cui lo si sarebbe dovuto ritirare, egli sarà tenuto nei confronti del compratore nella

⁹ D. 18.5.5.2 (Iul. 5 *dig.*).

¹⁰ D. 13.7.37 (Paul. 5 *ad Plaut.*).

¹¹ D. 18.6.17(16) (Iavol. 7 *ex Cass.*).

¹² D. 18.6.1.2 (Ulp. 28 *ad Sab.*); D. 18.6.16(15) (Gai 2 *cott. rer.*).

¹³ M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung*, in *TR.* 62, Brill, Leiden, 1994, 280; M.M. BENÍTEZ LÓPEZ, *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 146 ss.

misura dell'interesse di quest'ultimo ad essere avvertito.

Nella compravendita romana, quindi, l'elevazione a principio della massima *periculum est emptoriss* ricollega ad un profondo mutamento di prospettiva del diritto postclassico rispetto al diritto classico che tese tra l'altro, a nozioni più rigide in sostituzione della delicata casistica.

Tale massima comportò che venendo meno la *res* per causa di forza maggiore anche prima che il venditore ne avesse fatto consegna al compratore, non solo questi non potesse pretendere nulla, ma rimanesse obbligato a pagare il prezzo.

Le innovazioni giustiniane quali la responsabilità per custodia non più pattizia, ma elevata a *naturale negotium*, l'attribuzione del *commodum repraesentationis* non più ristretta all'ipotesi di assunta responsabilità per custodia, ma parimenti generalizzata come compenso della sopportazione del rischio, *commodum accessionis* e correlativo *incommodum* allineati sullo stesso piano del *periculum*, infatti, trovarono la loro giustificazione proprio in un mutato criterio di ripartizione del rischio contrattuale che si enunciò nella massima *periculum est emptoris* elevata a regola generale non più con riguardo al momento della *traditio* o del conferimento della disponibilità di fatto, ma riguardo alla *perfectio emptoris*.

I Compilatori sostituirono il *periculum emptoris* al *periculum venditoris* con la giustificazione di voler sorreggere la scelta proposta dal compratore e per motivare l'accollo del rischio della *merx* al compratore anche prima della *traditio*, introdussero il concetto di *emptio perfecta*¹⁴.

Mentre, infatti, nella concezione romano-classica la *emptio-venditio* era un negozio pienamente consensuale e obbligatorio rivolto ad un assetto d'interessi che non riceveva attuazione se non con la *traditio ex causa emptionis*, nella concezione ellenica la *praxis* e

¹⁴ M. KASER, *DasrömischesPrivatrecht*I, München, Verlag C. H. Beck, 1971, p. 552 nt. 61; E. Seckel, E. Levy *Die GefahrtragungbeimKaufimklassischenrömischenRecht*, in ZSS. 47, Wien, Köln, Weimar, BöhlauVerlag, 1927, p. 117; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1954, p. 247; F. PETERS, *Periculum est emptoris*, in *Iuris Professio. Festgabe Kaser*, Böhlau H. Nachfolger, Wien-Köln-Graz, 1986, p. 211; M. PENNITZ, *Die Gefahrtragungbeim Weinverkaufimklassischenrömischen Recht*, in TR.62, Brill, Leiden, 1992, p. 251.

così pure la vendita nella concezione orientale era un negozio di alienazione. Quindi i giuristi tesero prima ad accollare il rischio al venditore per l'influenza della concezione della compravendita come scambio contestuale della cosa contro il prezzo. Quando si configurò la *emptio-venditio* come contratto obbligatorio si affermò la regola del *periculum emptoris*.

Ora sotto l'influenza di tale diversa concezione, le tendenze dottrinali dei bizantini e la disciplina legislativa giustiniana dovevano essere sospinte se non a convertire la vendita in un contratto traslativo (al che ostava la netta distinzione tra titolo e modo d'acquisto del dominio) certo ad accentuare la funzione traslativa nella vendita¹⁵ e a potenziare l'aspettativa del compratore sulla cosa in una spettanza patrimoniale cui era inerente, in una con i *commodae* gli *incommoda*, anche il rischio del perimento.

Il criterio di massima per il diritto classico, invece, era che fino alla *traditio* o al conferimento della disponibilità di fatto della cosa, il rischio era sopportato dal venditore per poi passare al compratore, salvo che un'assunzione pattizia di responsabilità per custodia avesse ristretto a danno del venditore che avrebbe sopportato il rischio *ante traditionem* il margine del rischio contrattuale e salvo che la qualità della *res vendita* o il tipo della contrattazione, suggerisse un criterio di autoresponsabilità a carico del compratore e inducesse ad anticipare il trasferimento del rischio.

In età classica il trasferimento del rischio al compratore, collegato in linea di principio alla *traditio* della *res* venduta, poteva essere anticipato su questa, sia per il potere di controllo che venisse conferito al compratore, sia con riguardo alla natura deperibile della merce di cui il compratore avesse accertato la consistenza mediante *degustatio* sia con riguardo alla natura mortale dello schiavo e all'autoresponsabilità del compratore che lo lasciasse al venditore o avesse interesse all'attività rischiosa cui fosse adibito sia infine riguardo al tipo di contrattazione che a tutela di un interesse del venditore imponesse al compratore un margine di rischio eccedente l'alea normale della vendita.

In tali decisioni i classici erano consapevoli di statuire il trasferi-

¹⁵ Inst. 3.23.3.

mento del rischio anticipato sulla *traditio* che per regola, conforme all'indole meramente obbligatoria della vendita consensuale romana, ne segnava il momento decisivo.

In definitiva trattare del rischio contrattuale comporta in primo luogo affrontare le problematiche non in termini di risoluzione di diritto del contratto, ma di estinzione o meno dell'obbligazione del compratore di pagare il prezzo e in secondo luogo comporta la distinzione tra i limiti della responsabilità contrattuale e la sopportazione del rischio tipico del contratto¹⁶.

Infatti, se si estende il campo della imputabilità dell'inadempimento, cioè la misura della responsabilità contrattuale, si restringe il margine in cui resta proponibile la questione circa la sopportazione del rischio.

Nella compravendita la legittimazione e l'interesse all'*actio furti* si fondano proprio sulla sopportazione del rischio contrattuale e non sul *dominium* né sulla responsabilità per custodia.

Ciò in quanto da un lato il *dominium*, che rimane al venditore fino alla *traditio*, è un rapporto con la cosa e non un criterio di relazione tra venditore e compratore che valga a stabilire una precedenza dell'uno sull'altro e dall'altro lato la responsabilità per custodia è un elemento non essenziale, ma accidentale identificabile come il frutto di un'assunzione pattizia che può anche mancare.

Il tema in oggetto, infatti, concerne la legittimazione a stipulare la garanzia contro il verificarsi di un danno che minaccia la cosa venduta. Il criterio di preferenza tra venditore e compratore è un criterio di relazione che deve derivare dal loro rapporto nella fase antecedente e in quella susseguente alla *traditio*¹⁷ della cosa e, quindi, non dalla attribuzione del dominio come tale.

L'attendibilità della regola *periculum emptoris* non è contraddetta

¹⁶ M. SARGENTI, *Rischio contrattuale (Diritto romano)*, in ED. 40, Giuffrè, Milano 1989, p. 1126; I. BIROCCI, *Rischio contrattuale (Diritto intermedio)*, ibid., p. 1133; G. ALPA, *Rischio contrattuale (Diritto vigente)*, ibid., 1144; M. TALAMANCA, *Vendita*, in ED. 46, 1993, Giuffrè, Milano, p. 450.

¹⁷ In alcune fonti giuridiche si afferma che il rischio della cosa passa al compratore al momento del contratto anche in assenza di tradizione: D. 23.3.14 (Ulp. *ad ed.*), D. 23.3.15 (Pomp. 14 *ad Sab.*), D. 18.1.34.6 (Paul. 23 *ad ed.*), D. 18.6.7 pr. (Paul. 5 *ad Sab.*) CI. 4.48.6.

né da alcuni passi quali quello analizzato e contenuto in D. 18.6.13,15 pr. (Paul. 3 *epit. Alf.*) che troppo facilmente sono stati intesi come eccezione alla regola in quanto diversi da quello dipendente da forza maggiore (cui il termine *periculum* si riferisce), né tantomeno dalla regolamentazione speciale relativa a quelle merci normalmente fungibili che devono essere individuate misurate o comunque *res certae*, in quanto non lo sono al momento della conclusione del contratto¹⁸.

Tuttavia, la natura del principio romano *periculum est emptoris*, è stato oggetto di ampie discussioni, anche in merito al ruolo rivestito, da un lato, dai compilatori giustiniani e dai loro predecessori postclassici e dall'altro dai giuristi classici nell'individuazione delle sue origini.

La prima osservazione da fare è che è tipico dell'orientamento postclassico il proposito di fare del problema del rischio uno dei capisaldi della dottrina della compravendita e l'aver costruito, per questo, l'apposita dottrina della *emptio perfecta*, espressione con cui si intende l'essere pervenuto l'iter della compravendita al punto in cui il rischio passa al compratore¹⁹.

L'uso della parola *periculum* con riferimento alla responsabilità oggettiva per il furto avvenuto presso il debitore²⁰ non sarebbe unico, ma neppure il più diffuso. Il termine *periculum* si riferisce al rischio inerente ai casi di forza maggiore, ma l'irrigidimento di questo orientamento terminologico rientra in quel sistema di nozioni compatte che il pensiero classico ha elaborato in sostituzione della casistica.

Pertanto è nel più recente indirizzo che acquista la massima importanza soprattutto teorica, il principio *periculum est emptoris* quantunque esso si adatti bene alla maggioranza dei casi elaborati in età classica.

Va ricordato che la scuola del diritto naturale (XVII-XVIII sec.) attaccò la massima in questione e di conseguenza il diritto territoriale prussiano codificato nel 1794 e il codice civile germanico del 1896 abbandonarono la regola romana per sancire che il rischio passa al compratore solo in seguito alla tradizione.

Del resto anche le legislazioni di tipo latino che come la nostra

¹⁸ D.18.1.35.5 pr. (Gai 10 *ed prov.*).

¹⁹ C.1.4.4.8.2.

²⁰ D. 18.6.15.1 (Paul 3 *epit. Alf.*).

muovono dal codice Napoleonico del 1804, se ne discostarono. Vero è che qui il rischio si trasferisce in massima al compratore fin dal momento del contratto, ma questo è nel nostro sistema un corollario del principio per cui il consenso trasferisce addirittura al compratore la proprietà della cosa.

Il regime romano è, invece, riprodotto nel codice civile svizzero: benchè, infatti, questo ordinamento faccia nascere dal contratto solo obbligazioni, tuttavia il rischio passa nel compratore fin dal momento del contratto.

I principi del diritto romano di fronte ai quali la regola del *periculum emptoris* costituisce una deroga di discutibile equità possono riassumersi nella seguente definizione: è regola generale che i casi di forza maggiore liberano tutti i debitori²¹.

In altri termini, la buona fede, che presiede ai contratti bilaterali, comporta che venendo meno per impossibilità sopraggiunta l'obbligazione dell'una parte, anche l'altra parte sia liberata dall'obbligazione corrispettiva. Al compratore si applica invero anche la regola generale *cuius commoda eius et incommoda* nel senso che al passaggio del *periculum* si contrappone quello di tutte le eventualità favorevoli cui la cosa comprata può essere esposta.

Tuttavia ciò conferma che nel regime della compravendita romana si ha una sorta di anticipo sulle conseguenze che dovrebbero prodursi al momento in cui il compratore acquista la piena signoria sulle cose e ciò a suo scapito, essendo i rischi contrari assai più frequenti delle eventualità favorevoli.

Alcuni tentativi di giustificazione della regola romana sono rimasti celebri in dottrina ed hanno fortemente influenzato le moderne legislazioni²².

Come visto, l'ambito di ricerca senza dubbio rilevante in tema di rischio, è costituito dai contratti di compravendita e locazione. La peculiare configurazione giuridica della *emptio-venditio* e l'assenza

²¹ D. 50.17.23 (Ulp. 29 *ad Sab.*).

²² R.J.POTHIER, *Traité du contrat de vente*, I.3 Paris, Debure, 1772; R. SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, Paris, F. Pichon, 1890; B. WINDSCHEID, TH. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 2, Leipzig, 1897, Tr. it. C. Fadda e P.C. Bensa, *Diritto delle Pandette* II.1, Torino, Utet, 1930, p. 253; PH. MEYLAN, *Periculum est emptoris*, in *Studi T. Guhl*, Zurigo, Rutton e Loening, 1950.

di un concetto unitario di *locatio-conductio*, infatti, ebbero effetti rilevanti in materia di *periculum*.

Ciò appare evidente soprattutto in relazione alle clausole di recesso e al problema della loro configurazione come condizioni sospensive e risolutive.

Ma la disciplina del rischio contrattuale che appare, come detto, strettamente connessa alla casistica e alla varietà d'interessi da questa veicolati, diventa particolarmente rilevante, a mio parere, anche nelle ipotesi in cui *emptio-venditio* e *locatio-conductio* sono a tal punto connesse da rendere difficile la loro autonoma individuazione.

In questa ottica l'argomento è del più alto interesse in quanto a seconda degli effetti sospensivi o risolutivi delle clausole accessorie dei contratti di *emptio-venditio* o *locatio-conductio* il diritto romano prevedeva una diversa disciplina del contratto.

Mi riferisco ai casi contemplati in Gaio in cui è evidente la difficoltà di distinguere tra queste due tipologie contrattuali e sui quali mi sono di recente²³ soffermata, ma nella diversa ottica di valutarne la rilevanza ai fini dello studio²⁴ del *pactum displicentiae*²⁵.

Anche in tale diversa prospettiva assume ancora una volta maggiore rilievo l'analisi della casistica. Tra gli altri interessante è il caso riportato da Gaio in *Inst.* 3.146 in cui il giurista si riferirebbe a un contratto atipico, misto di locazione, di vendita e forse di altre figure convenzionali innominate cioè atipiche prive di *nomen iuris* e dove la cosa locata era esposta a rischio di perimento o di grave deperimento per effetto dell'uso fattone dal conduttore. Per questo le parti convenivano dall'inizio che, ove il rischio di verificasse, la

²³ V. CARRO, *D.* 18.5.6 (Paul. 2 ad ed.) ... si intra certum tempus displicuisset, redderetur ... *Riflessioni in tema di pactum displicentiae*, in *Scritti in onore di Alessandro Corbino* (in stampa); ID., *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, in *Estudios históricos y jurídicos en homenaje al Prof. Armando Torrent*, Madrid, 2016, p. 101 ss.

²⁴ Cfr. O. DILIBERTO, *Ricerche sull' "auctoramentum" e sulla condizione degli "auctorati"*, Giuffrè, Milano, 1981; A. GUARINO, *I «gladiatores» e l'«auctoramentum»*, in *Labeo* 29, Jovene, Napoli, 1983, p. 29 ss.

²⁵ E. RODRIGUEZ DIAZ, *De la noción de contrato al pactum displicentiae en derecho romano*, Universidad de Oviedo, 1998; L. LANDUCCI, *Azioni per far valere il pactum displicentiae e la lex commissoria nella compra e vendita. Studio storico-esegetico di diritto romano dell'avv. L. Landucci*, Venezia, C. Ferrari, 1915.

cosa fosse da considerare e pagare come vendita.

Il passo gaiano contenuto in *Inst.* 3.146 nel riferirsi ai *gladiatores*, riveste un ruolo fondamentale nel panorama delle fonti giuridiche romane. In Gai *Inst.* 3.146, infatti, ci si domanda se debba configurarsi compravendita o locazione conduzione nel caso di consegna di gladiatori con la clausola che occorre dare 20 denari per compensare la fatica di coloro che rimanevano incolumi e mille denari per coloro che venivano uccisi o feriti.

Nella circostanza analizzata dal passo gaiano, inizialmente si configura un'ipotesi di locazione dalla quale è l'esito dei combattimenti a determinare il passaggio alla vendita. Questo passaggio non avviene per libera scelta dell'utilizzatore, in quanto questi resta vincolato esclusivamente dal verificarsi o meno dell'evento dedotto in condizione e cioè l'infortunio dei gladiatori, un elemento fattuale dipendente solo dal caso.

Gaio avrebbe cercato, pertanto, a mio avviso, in 3.146, di qualificare *ex post* in termini di *contractus* consensuale tipico, una semplice ipotesi di *do ut des* in cui la controprestazione, corrispettiva rispetto alla prestazione dei *gladiatores*, avrebbe fatto necessariamente variare la qualifica del negozio.

La soluzione adottata dalla maggioranza, quindi, l'opinione dominante ... *et magis placuit*... fu che nell'ipotesi dei gladiatori restituiti integri si trattasse di locazione, mentre nell'ipotesi dei gladiatori *occisivel debilitati* si trattasse di vendita. Dopo aver riferito questa opinione Gaio aggiunge che, a suo parere, la soluzione emerge dalle circostanze quasi che la vendita o la locazione di ciascun gladiatore sia stata fatta sotto condizione.

In base alla soluzione giuridica del caso fornita da Gaio non si poteva sapere quali e quanti gladiatori sarebbero rimasti integri o meno, per quali e quanti gladiatori si sarebbe dovuto pagare il corrispettivo di venti o di mille ed, infine, per quali e quanti sarebbero valse *ab initio* le regole della locazione e non quelle della vendita.

Secondo il giurista, pertanto, era la controprestazione che, dipendendo dall'esito del combattimento, variava la qualifica del negozio²⁶.

²⁶ Del resto in dottrina si è anche sostenuto che la natura del contratto si stabilisce al momento del *consensus in idem placitum* e non alla conclusione del combattimento e, quindi, al momento in cui si valuta l'esito dello stesso sull'integrità dei gladiatori.

In realtà, il giurista, che ci porrebbe di fronte una fattispecie contrattuale, quella della *traditio gladiatorum*, nella quale individua i tratti caratteristici della *venditio* e i tratti caratteristici della *locatio*, teorizza il passaggio dalla locazione alla vendita in dipendenza dall'esito della gara.

Certo, deve far riflettere anche la circostanza che Gaio si soffermi a trattare i casi dubbi tra locazione e vendita anche in *Inst.* 3.145.

In particolare in questo passo Gaio esprime dubbi in ordine alla esatta identificazione dei due diversi tipi contrattuali in particolari fattispecie²⁷.

Con gli stessi argomenti del giureconsulto, quindi, si potrebbe ritenere che le parti, nel caso analizzato, avevano in linea principale concluso un contratto di locazione con questa condizione risolutiva: che se nei cruenti giochi i gladiatori risultassero debilitati o morissero, per costoro, automaticamente fosse dovuto il prezzo e non la *merces* per il loro acquisto da parte del conduttore. Costui prevedeva fin dalla conclusione del contratto la possibilità di esercitare la facoltà di acquisto ed anzi la esercitava sin dall'inizio subordinando il contratto stesso al probabile verificarsi dell'evento dell'invalidità o della morte del gladiatore.

Da qui si potrebbe individuare una interdipendenza tra i due contratti e la possibilità di vedere la loro fusione in un tipo misto, sostenuta da parte della dottrina.

Tale orientamento, infatti, si inserirebbe nella consapevolezza che ai fini della determinazione della disciplina applicabile ad un negozio occorreva con riferimento alla forma ed alla volontà ricercare quale ne fosse la funzione tipica²⁸. Non sempre i negozi del *ius privatum*

Né la *condicio* apposta al contratto varierebbe la situazione visto che essa non avendo incisività sulla struttura essenziale del negozio, ne precisa solo la circostanza futura ed incerta subordinatamente alla quale gli effetti negoziali si produrranno. Ma tale lettura, a mio parere, sottrae la giusta rilevanza attribuita, invece, da Gaio all'evento dedotto in condizione e cioè l'infortunio dei gladiatori. Cfr. A. GUARINO, *Il «leasing»*, cit., p. 153 ss.

²⁷ I. 3.24.3.

²⁸ L. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts* II, H. Böhlau, Weimar, 1886-89, 216 ss.; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*. Atti Copanello, 1988 (a cura di F. MILAZZO), Napoli-Roma, 1990, 87 ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto* I Utet., Torino, 1992, 204 s.

avevano un *nomen iuris*, tuttavia anche se innominati essi erano necessariamente tipici²⁹ ovvero rapportati ad una categoria causale³⁰ che li identificava con una certa funzione negoziale³¹.

Si dava talvolta il caso, poi, del fenomeno dell'adattamento funzionale in base al quale strutture negoziali formatesi al servizio di una certa causa passavano con il tempo, modificati, ad essere utilizzate al fine della realizzazione di una causa diversa, pur conservando il *nomen iuris* originario.

Non si escludeva, così, la possibilità di negozi a causa plurima caratterizzati non da una causa tipica loro propria, ma dal concorso di due o più cause distinte. Il concorso di cause caratterizzante questi negozi, implicava che il regolamento loro dovesse essere ricostruito sulla base dei regolamenti relativi alle cause componenti avendo cura di prescegliere tra essi le norme maggiormente appropriate all'individualità del cd. negozio misto³².

Insomma, in base a tali considerazioni, pur se Gaio non lo affermerebbe mai esplicitamente e che in diritto romano era difficile un siffatto riconoscimento, stante i divieti formali che concretamente impedivano un sincretismo di tale portata, nel caso in oggetto potrebbe configurarsi un'ipotesi di contratto misto.

Sul caso, infine, una suggestione che merita considerazione è che la *traditio gladiatorum* di Gai 3.146, sarebbe un esempio di quel contratto che i giuristi moderni definiscono *leasing*³³, non tanto una sorta di locazione o locazione finanziaria come è stato definito³⁴, ma una operazione di fornitura (o finanziamento) che permette all'imprenditore l'utilizzazione immediata dei mezzi necessari ed assicura al fornitore (o finanziatore) un giusto canone periodico, più la proprietà delle attrezzature durante e dopo l'utilizzazione, oppure un giusto

²⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ESI, Napoli, 2002.

³⁰ B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, 330 nt. 346; C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana classica* (a cura di A. BURDESE), Cedam, Padova, 2006, p. 189.

³¹ E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano I*, Cedam, Padova, 1962, p. 104 ss.

³² D. 39.5.18 pr. (Ulp. 71 *ad ed.*).

³³ V. BUONOCORE, s.v. *Leasing*, in *NNDI App.*, Utet, Torino, 1983, p. 787 ss.

³⁴ P. RESCIGNO, *Diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, rist. 1983, p. 787.

prezzo per le attrezzature che l'imprenditore intende riscattare alla fine del periodo contrattuale³⁵.

Dalla lettura del passo, infatti, il giurista sembra in qualche modo anticipare l'istituto anglosassone del leasing³⁶ cui il caso descritto da Gaio è molto simile. Con un'aggiunta ad hoc di patti e condizioni accessorie ai nudi contratti di locazione o di vendita, i Romani sarebbero giunti a praticare una sorta di leasing.

L'oggetto del contratto di leasing è la *traditio* di un bene produttivo da parte del proprietario all'utilizzatore il quale è obbligato a pagare una *merces in dies singulos experimenti* ovvero una *tantum: pro sudore* proprio come nel caso dei gladiatori riportato in Gai. 3.146.

Nel caso dei gladiatori, poi, l'opzione per l'acquisto di quelli morti o feriti viene esercitata, sin dalla conclusione del contratto, ma è fuori discussione che se gli schiavi ritornano integri dall'arena essi restano di proprietà del soggetto che li ha concessi in noleggio.

Se, poi, si verifica l'ipotesi dell'opzione per l'acquisto dopo il periodo sperimentale di prova, il contraente diviene compratore ed è obbligato a corrispondere il prezzo: *pretium* che questi viene obbligato a pagare con un'*actio in factum* o *praescriptis verbis*, nel caso in cui si verifichi anche un qualcosa di atipico, di irregolare o di contrario alla *bona fides*³⁷.

Lo scopo di vendere un bene o acquistarlo si alterna, a seconda degli interessi, con lo scopo di concedere un finanziamento o di riceverlo ed è, quindi, fondamentale e complesso indagare sui motivi che inducono le parti a concludere il contratto: per i gladiatori sembra evidente l'interesse del proprietario di dare solo in locazione i suoi uomini.

Da ciò si comprende quanto interessasse al proprietario dei gladiatori, mantenere gli schiavi integri per farli esibire e ricavarne profitto sistematico senza privarsi del capitale.

Tuttavia i prezzi di venti denari indicati per il nolo e di mille per

³⁵ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 819 ss.

³⁶ G. GATTI, *Le pactum displicentiae nella vendita a prova e il contratto di leasing nel diritto romano*, in *Studi in onore di A. Biscardi* V, Giuffrè, Milano, 1982, p. 289 ss.; A. GUARINO, *Il «leasing»*, cit., p. 153 ss.

³⁷ D. 19.5.20 (Ulp. 32 ad ed.).

la vendita, che avevano una natura più di multa che di corrispettivo³⁸, erano probabilmente simbolici ed indicavano, con la loro sproporzione, quanto fosse deprecabile il caso della morte dei gladiatori.

Inoltre, se il valore complessivo di un gladiatore era di mille rispetto al valore di venti denari per esibizione, si intuisce che per organizzare i giochi circensi, occorreva un notevole capitale: di qui la motivazione finanziaria alla conclusione del contratto riportato da Gaio.

Il dato qui rilevante è che anche sul leasing, si discute sull'appartenenza del contratto allo schema della locazione o a quello della vendita, entrambe, certo, arricchite di patti accessori: l'autonomia privata, infatti, ha costruito figure negoziali il cui assetto è difficilmente ascrivibile con sicurezza all'una o all'altra grande matrice della locazione o della compravendita³⁹.

In tale quadro generale rilevante è il caso contenuto anche in D. 19.5.20pr.-2 (Ulp. 32 *ad ed.*), poi, ove si citano tre singoli casi analizzati rispettivamente da Labeone, Mela e Ulpiano.

Nel primo Labeone reputa opportuno che si sarebbe dovuto esperire l'*actio praescriptis verbis* nell'ipotesi in cui, seppure fosse stata concordata una prova gratuita di cavalli con restituzione degli stessi entro tre giorni in caso di non gradimento, i cavalli non fossero stati comprati malgrado sottoposti, senza preventivo accordo e contravvenendo così al principio di *bona fides*, ad una gara di corsa con esito positivo.

Mela, invece, pone l'ipotesi della *datio* di alcune mule sempre al fine di una loro prova col patto esplicito che se fossero piaciute sarebbero state comprate e *si displicuissent* dovesse essere corrisposta *in dies singulos* al proprietario un canone locatizio (*merces*).

Ciò premesso si domanda *quid esset praestandum* se entro il periodo di prova le mule venissero rubate dai ladri: *utrum pretium, an merces tantum*, ove è probabile che sia errata, perché in contrasto con gli altri testi e soprattutto con la logica, la lezione del Digesto: *utrum pretium et merces an merces tantum*.

³⁸ F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica* I, Nuova Italia, Firenze, 1980, p. 69. Cfr. per le fonti: Plut. *Cat. Mai.* 4.5.

³⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, Jovene, Napoli, 1987, p. 401, nt. 1.

Mela sottolinea la necessità di appurare se la vendita già era stata conclusa o si sarebbe conclusa in futuro. Perché se la vendita fosse stata perfetta *pretium petatur, si futura, merces petatur*.

Ma Ulpiano afferma che Mela non *exprimit de actionibus*. E suggerisce che se la vendita era stata ritualmente conclusa bisognava agire *ex vendito*; *si vero non dum perfecta esset* occorreva utilizzare, così, come nel caso dello scorretto fantino, l'*actio praescriptis verbis*.

Il caso delle mule è interessante in quanto chiarisce come non sempre l'*experimentum* di D. 19.5.20.1 (Ulp. 32 *ad ed.*) nella vendita a prova fosse gratuito, talché il *pactum displicentiae* trovava una concreta mitigazione nell'obbligo per il mancato acquirente, insoddisfatto della prova o semplicemente pentitosi, di corrispondere un canone giornaliero per il periodo dell'utilizzo delle mule.

Non si può contestare come anche questa fattispecie possa adeguatamente soddisfare gli interessi delle parti sia che siano rivolti allo scopo della compravendita del bestiame che al più articolato fine di ricavarne comunque dal lato del proprietario, un guadagno, ottenendo in buona sostanza i mezzi (mule) per effettuare un trasporto, senza ricorrere alla consueta linea di credito del mutuo.

Infine nel terzo caso si tratta il caso di un orafo che fa esaminare degli oggetti d'argento ad un possibile acquirente. Questi però li consegna, in quanto non soddisfatto della merce, ad un servo per farli riportare all'orafo. Gli oggetti nel trasporto vengono smarriti. La perdita graverebbe sull'orafo nell'interesse del quale gli oggetti erano stati trasportati. Labeone afferma che si risponde per colpa di coloro che avevano perso gli oggetti spettando così un'*actio praescriptis verbis*.

Dalla lettura dei passi sembra innegabile, invero, che i casi di cui si sono occupati Gaio, Labeone, Mela e Ulpiano siano molto simili alla struttura del leasing, in quanto anche in tali casi l'oggetto del contratto è la *traditio* di un bene produttivo dal proprietario all'utilizzatore.

Dunque finché si è rimasti nell'ordine d'idee della condizione sospensiva il venditore aveva in ogni momento la possibilità di rivendere, salva al compratore l'opposizione dell'*exceptio doli*, quando col riprendersi la cosa veniva meno all'impegno eventualmente assunto nella convenzione di lasciare al compratore il possesso durante il periodo di pendenza. Nel regime della condizione risolutiva il compratore era nel periodo intermedio molto meglio difeso, in quanto il pretore tutelava l'acquirente di buona fede di una *res Mancipi* con l'*exceptio*

rei venditae et traditae: ma essendo questa eccezione in dipendenza dell'esistenza e validità della compravendita, essa non poteva più giovare al compratore quando la condizione si fosse verificata, non essendo più vero che *Aulus Agerius Numerio Negidio nomine vendidit*. Si potrebbe pensare che per raggiungere il risultato della vittoria del venditore fosse necessario contrapporre all'*exceptio* del compratore una *replicatio doli*. Tale opinione è in sostanza uno degli aspetti di quella già rifiutata, per cui il contratto di compravendita e la convenzione circa la sua risoluzione sarebbero da porre su due piani diversi.

La vicenda dottrinale si riflette nella pratica in tre direzioni a proposito della vendita condizionale in genere in D. 18.6.8 pr. (Paul. 33 *ad ed.*), in D. 41.4.2 (Paul. 54 *ad ed.*) e in D. 18.2.2.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*) e D. 18.2.4 pr.: il compratore sotto condizione sospensiva anche se otteneva dal venditore il possesso della cosa, non la possedeva *ad usucapionem*, non faceva suoi i frutti, non sopportava i rischi della cosa comperata. Invece il compratore sotto condizione risolutiva dal momento in cui entrava in possesso, cominciava ad usucapire per il titolo *pro emptore*, faceva suoi i frutti e in base al *periculum rei venditae*, era tenuto a pagare il prezzo se la cosa periva prima che egli stesso o il venditore recedesse dal contratto. Dunque, il perimento faceva cessare le possibilità di verificaione dell'avvenimento che era previsto nella *in diem addictio* o nel *pactum displicentiae*, mentre in caso di *lex commissoria* toglieva al venditore la facoltà che si esprimeva nel poter considerare come *inempta* la cosa della quale il prezzo non fosse stato pagato.

Vi era, quindi, a seconda degli effetti della clausola una diversa disciplina del contratto: quando la condizione era sospensiva la *traditio* effettuata dal venditore risultava anch'essa sospensivamente condizionata; l'acquirente non faceva propri i frutti e nei casi dove vigeva il *periculum emptoris* il rischio passava all'acquirente all'avverarsi della condizione. Quando, invece, la condizione era risolutiva, la *traditio* aveva efficacia immediata, il compratore era legittimato all'acquisto dei frutti e incombeva su di lui se del caso, il *periculum*. Nella configurazione risolutiva, inoltre, si poneva il problema della restituzione della cosa che fosse stata eventualmente trasferita al compratore.

Il rischio del perimento della cosa va attribuito al compratore o venditore a seconda che il contratto era perfezionato o meno.